

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La puissance significative nouvelle est arrivée

De Streel, Alexandre; Queck, Robert

Published in:

Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Streel, A & Queck, R 2002, 'La puissance significative nouvelle est arrivée: l'évolution de la réglementation asymétrique dans le secteur des communications électroniques', *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, Numéro 13, p. 43-71.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La « puissance significative » nouvelle est arrivée !

L'évolution de la réglementation asymétrique dans le secteur des communications électroniques

Alexandre DE STREEL(*) et Robert QUECK(**) 1

La réglementation européenne des télécommunications s'est construite par phases successives, où une nouvelle étape se base chaque fois sur celle qui la précède. Depuis les origines de la libéralisation du secteur, les entreprises qui jouissent d'un important pouvoir sur le marché sont soumises à une réglementation asymétrique. Elles font ainsi l'objet d'obligations particulières, qui ne sont en principe pas imposées aux autres opérateurs. Ces obligations visent principalement à assurer une concurrence effective, mais aussi dans une moindre mesure à garantir directement certains droits aux utilisateurs (que ce soit en matière d'offres – d'intérêt général – garanties ou la protection du consommateur)

ainsi que l'avènement et la consolidation du marché intérieur.

Ce principe de la réglementation asymétrique a été maintenu, même si les appellations utilisées pour désigner les « entreprises » fortes et les manières de mettre en œuvre ces concepts, varient. L'article accompagne et analyse cette évolution à travers trois grandes phases d'évolution de la réglementation des télécommunications. Ce faisant, l'article aborde les grandes problématiques de ce cadre réglementaire, tel son tiraillement entre nécessité de flexibilité d'une part et exigences d'harmonisation et de sécurité juridique d'autre part ou sa relation avec les règles de concurrence.

Première phase de la réglementation (1987-1998) : le concept d'organisme des télécommunications²

Organismes de télécommunications – Article 2.1 de la directive « ONP-cadre 90 » – Les entités publiques ou privées, auxquelles un État membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunications.

(*). Expert à la Commission européenne et chercheur à l'Institut universitaire européen - Florence.

(**). Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur.

1. Les opinions exprimées dans le présent article sont purement personnelles et ne reflètent pas nécessairement les vues des institutions auxquelles les auteurs appartiennent. Le texte reflète la situation juridique au 31 juillet 2002.
2. L'exposé relatif aux deux premières phases de l'évolution du cadre réglementaire européen des télécommunications se base sur R. QUECK, Ph. DEFRAIGNE, « Réflexions sur la notion de 'puissance sur le marché' en droit des télécommunications : concept autonome ou chimère ? », in E. MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du C.R.I.D., n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 335-370. Pour une description plus générale : services de la Commission, *Marché européen libéralisé des télécommunications - Règles du jeu*, 18 octobre 2000, disponible sous http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/userinfo/index_en.htm ; P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2000, spéc. pp. 1-36 ; « E.U. Telecommunications Policy and Regulation » in C.D. LONG (Gen. Ed.), *Global Telecommunications Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 2001, E.U.-01 - E.U.-65 ; I. WALDEN, « European Union Telecommunications Law », in I. WALDEN, J. ANGEL (eds.), *Telecommunications Law*, London, Blackstone Press, 2001, pp. 279-313.

1. Contexte

44

Après la constatation en 1985 par la Cour de justice des Communauté européenne de l'applicabilité des règles de concurrence aux administrations de télécommunications³, la Commission européenne adopta en 1987 un livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications⁴ dans lequel elle initia une véritable politique de libéralisation du secteur.

Ce « Livre vert de 1987 » proposait, tout en insistant sur l'applicabilité des règles de la concurrence au cas par cas⁵, une libéralisation partielle du secteur⁶: les infrastructures de télécommunications et le service de téléphonie vocale resteraient soumis à des droits exclusifs ou spéciaux concédés aux administrations des télécommunications afin de garantir la couverture géographique (c'est-à-dire les missions d'intérêt économique général)⁷, tandis que les autres services et les équipements terminaux seraient ouverts à la concurrence. Mais pour obtenir une concurrence effective sur les segments libéralisés tout en maintenant un monopole sur les infrastructures (en ce compris les lignes louées⁸) et

le service de téléphonie vocale et tout en permettant aux monopoleurs d'être également actifs sur les marchés ouverts à la concurrence⁹, il convenait d'encadrer l'action de ces monopoleurs. Ces opérateurs devaient mettre à la disposition de leurs concurrents, dans des conditions équitables et transparentes, les infrastructures et le service de téléphonie vocale que ces derniers n'avaient pas le droit de développer mais dont ils avaient nécessairement besoin pour atteindre des clients. En outre, le « Livre vert de 1987 » proposait la séparation des activités de réglementation et d'exploitation qui étaient toutes deux assurées par les administrations des télécommunications¹⁰. Cette séparation a donné naissance aux autorités réglementaires nationales (A.R.N.). Le Livre vert proposait également la mise en place du concept de fourniture d'un réseau ouvert (*Open Network Provision* - ONP)¹¹.

Ce « Livre vert de 1987 » a été mis en œuvre par deux corps de règles: d'une part les directives de libéralisation¹² basées sur l'article 86, §3 (ex-art. 90, §3), du Traité C.E., et d'autre part, par les règles d'harmonisation organisant l'O.N.P. et adoptées sur la base de l'article 95 (ex-art. 100A) du Traité C.E.,

3. C.J.C.E., 20 mars 1985, *Italie c. Commission* (BT II), 41/83, Rec. 873, §§ 16-20, 48.

4. Communication de la Commission du 30 juin 1987, « Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications », COM(87) 290.

5. « Livre vert de 1987 », fig. 13, positions H et I ainsi que p. 175 et pp. 178-180.

6. « Livre vert de 1987 », fig. 13, positions A, B, C, F ainsi que pp. 56-62, pp. 66-69, et pp. 174-175. Voir également Communication de la Commission du 9 février 1988, « Vers un marché communautaire compétitif en matière de télécommunications en 1992 - Mise en application du Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications - État des discussions et propositions faites par la Commission », COM(88) 48, pp. 17-18. Voy. aussi W. SAUTER, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 193-194.

7. Il s'agit d'une application de l'article 86 (ex art. 90, §2), § 2 du Traité C.E.

8. Selon l'article 2.2 de la directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, J.O.C.E., n° L 165/27 du 5 juin 1992 [directive « O.N.P. lignes louées 92 »], sont des lignes louées « les systèmes de télécommunications fournis dans le contexte de l'établissement, du développement et de l'exploitation du réseau public de télécommunications, ... ». Définies de la sorte, elles se concevaient donc uniquement dans le contexte des infrastructures publiques et tombaient donc sous monopole.

9. « Livre vert de 1987 », figure 9 et pp. 55, 66, 74, 94, 175, 182. En 1990, le législateur européen a préféré cette solution à la séparation structurelle consistant à faire réaliser les activités en et hors monopole par des entités juridiques distinctes. Voy. Ph. DEFRAIGNE, « Télécommunications : les moyens de garantir une concurrence loyale », *miméo*, 1989, pp. 12-13.

10. « Livre vert de 1987 », fig. 13, position G ainsi que pp. 55, 70-71, 95, 182.

11. « Livre vert de 1987 », fig. 9 et fig. 13, position E ainsi que pp. 65-66, 70, 71 - 81, 94-96, 182, 186-187.

12. Notamment Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, J.O.C.E., n° L 192/10 du 24 juillet 1990, qui fut plusieurs fois amendée.

comme la directive « O.N.P.-cadre 90 »¹³ et ses mesures d'application, les directives « O.N.P.-lignes louées 92 »¹⁴ et « O.N.P.-téléphonie vocale 95 »¹⁵ ainsi que plusieurs recommandations¹⁶.

Les obligations liées à l'O.N.P. poursuivaient essentiellement trois objectifs: d'abord, l'établissement d'une concurrence effective; ensuite, la garantie de certains droits aux utilisateurs finaux (ce qui inclut la fourniture d'activités d'intérêt général aussi bien que des mesures de protection des consommateurs); et enfin, le développement d'un authentique marché intérieur des télécommunications par l'harmonisation des conditions concernant les interfaces techniques, les conditions de fourniture et d'utilisation ainsi que des principes de tarification¹⁷.

2. Le concept d'« organisme de télécommunications »

Les obligations O.N.P. de réglemen-

tation asymétrique imposées durant la première phase se concentraient sur les « organismes de télécommunications »¹⁸, concept qui avait pris la place de celui d'« administrations des télécommunications » mais qui visait les mêmes institutions, à savoir celles qui jouissaient de droits spéciaux ou exclusifs pour l'offre de réseaux et services publics de télécommunications¹⁹. Cela se justifiait pour trois raisons: d'abord seuls ces organismes, vu leur pouvoir de monopole, pouvaient empêcher l'avènement d'une concurrence effective sur les segments libéralisés; ensuite, ils avaient le pouvoir d'affecter substantiellement les droits des utilisateurs; et enfin, ils étaient les seuls à disposer d'une infrastructure avec une vaste couverture géographique permettant la fourniture de services dont l'interopérabilité et la disponibilité devait être garantie à l'échelle de l'Europe²⁰.

Toutefois, il faut noter que la directive « O.N.P.-cadre 90 » n'annonçait pas explicitement que les obligations O.N.P.

13. Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192/1 du 24 juillet 1990.

14. Directive 92/44/CEE déjà citée.

15. Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, *J.O.C.E.*, n° L 321/6 du 30 décembre 1995.

16. Recommandation 92/382/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'offre harmonisée d'un ensemble minimal de services de transmission de données par commutation de paquets (S.T.D.C.P.) conformément aux principes de la fourniture de réseau ouvert (O.N.P.), *J.O.C.E.*, n° L 200/1 du 18 juillet 1992 ; Recommandation 92/383/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'offre de possibilités harmonisées d'accès au réseau numérique à intégration de services (R.N.I.S.) et d'un ensemble minimal d'offres RNIS conformément aux principes de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.), *J.O.C.E.*, n° L 200/10 du 18 juillet 1992.

17. Voy. European Commission Services, « Open Network Provision-The Development of an Open Market for Telecommunications in the European Union », 1994, p.5 ; N. HIGHAM, « Open network Provision in the EC : A Step-by-Step Approach to Competition », *Telecommunications Policy* 17, 1993, pp. 242-244.

18. Il convient de noter que si le concept d'« organismes de télécommunications » a été utilisé dans la première phrase à la fois par les directives de libéralisation et les directives d'harmonisation cela n'a plus été le cas dans la suite. Alors que les directives de libéralisation des services et infrastructures du « paquet réglementaire 1998 » ont continué à l'utiliser, les directives O.N.P. l'ont remplacé par le concept d'« organisme puissant » comme destinataire d'obligations de réglementation asymétrique spécifique.

19. Pour une définition de ces deux concepts, voir l'article 2.1.a de la directive 94/46/CE du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.C.E.*, n° L268/15 du 19 octobre 1994 : « Les droits exclusifs sont les droits accordés par un État membre à une seule entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif qui lui réserve le droit de fournir un service de télécommunication ou d'entreprendre une activité sur un territoire donné. Les droits spéciaux sont les droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif, qui, sur un territoire donné, limite à deux ou plusieurs, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, le nombre d'entreprises autorisées à fournir un service ou à entreprendre une activité ou désigne, selon des critères autres que les critères susmentionnés, plusieurs entreprises concurrentes comme les entreprises autorisées à fournir un service ou à entreprendre une activité ou confère à une ou plusieurs entreprises, selon des critères autres que les critères susmentionnés, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service de télécommunication ou d'entreprendre la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes. »

20. Notons cependant que les directives O.N.P. imposaient des obligations également à d'autres destinataires comme les États membres ou les utilisateurs (notamment en matière de conditions d'utilisation et violation des droits de monopole - voir par exemple l'article 6 de la directive « O.N.P.-lignes louées 92 »).

(en matière de fourniture d'accès et de tarification) s'appliquaient aux organismes de télécommunications. L'article 1 de la directive liait l'application de l'O.N.P. aux « réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, aux services publics de télécommunications ». Ces derniers étaient définis comme des services dont l'offre avait été spécifiquement confiée notamment à un ou plusieurs organismes de télécommunications²¹. À la suite entre autres du « notamment », le texte de la directive pouvait paraître équivoque, mais la question fut tranchée par un arrêt de la Cour de Justice de 1996²² qui affirmait que la directive « lignes louées 92 » s'appliquait aux « organismes de télécommunications » tels que définis par l'article 2.1 de la directive « O.N.P.-cadre 90 ». Ceci étant dit, se basant sur la *ratio legis* des directives, les praticiens avaient toujours considéré que les anciennes administrations nationales des télécommunications étaient visées.

En outre, la Cour de justice a considéré dans la même affaire que certaines obligations de l'O.N.P. pouvaient être limitées à certains organismes de télécommunications. Ainsi, le Royaume-Uni avait interprété la directive « O.N.P.-lignes louées 92 », disposant que les États membres assurent que les organismes de télécommunications fournissent un ensemble minimal de lignes louées afin de garantir une offre harmonisée dans toute la Communauté²³, en n'appliquant les obligations qu'à un petit nombre des quelque 120 organismes de télécommunications qui bénéficiaient de droits spéciaux (qualité qui était liée à l'obtention des droits de passage). Selon la Cour, un État membre peut limiter les obligations de la directive « O.N.P.-lignes louées 92 » à certains organismes de télécommunications, dès lors que cela est suffisant pour permettre aux utilisateurs de disposer d'un nombre minimal de lignes louées conformes aux spécifications prévues par cette directive sur l'ensemble du territoire national²⁴.

Deuxième phase de la réglementation (1998 à 2003): le concept de « puissance significative sur le marché »

Puissance significative sur le marché – Article 4, §3 de la directive « O.N.P. - interconnexion » – Un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25% d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un État membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités.

Les autorités réglementaires nationales peuvent néanmoins décider qu'un organisme possédant une part inférieure à 25% du marché concerné est puissant sur le marché. Elles peuvent également décider qu'un organisme détenant une part supérieure à 25% du marché concerné n'est pas puissant sur ce marché. Dans les deux hypothèses, la décision tient compte de la capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, du contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, à des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché (et éventuellement - selon la considérante 6 de la directive « O.N.P.-interconnexion » - les liens internationaux).

21. Article 2.4 de la directive « O.N.P.-cadre 90 »

22. C.J.C.E., 12 décembre 1996, *British Telecommunications (BT III)*, C-302/94, Rec., I-6417, § 33 et 1^{er} point du dispositif.

23. Article 7, § 1, de la directive.

24. C.J.C.E., 12 décembre 1996, *BT III*, cit. *supra*, §§ 56-57 et 1^{er} point du dispositif.

1. Contexte

Les directives de 1990 prévoyaient un réexamen du cadre réglementaire en 1992, pour évaluer s'il y avait lieu de le modifier notamment à la suite de l'évolution du marché²⁵. Dans ce contexte, par plusieurs résolutions adoptées entre 1993 et 1995²⁶, le Conseil des ministres conclut à l'opportunité d'une libéralisation complète du secteur et à la nécessité de maintenir une réglementation O.N.P., adaptée toutefois à une libéralisation totale. Ainsi, le concept d'« organismes de télécommunications » devait être abandonné puisqu'il se référait aux droits spéciaux et exclusifs qui allaient être abolis et remplacé par celui « d'organisme puissant » ou jouissant d'une « puissance significative sur le marché » (P.S.M.).

À nouveau, cette deuxième phase fut mise en œuvre par un double corps d'instruments : la directive « pleine

concurrence »²⁷, qui prévoyait que les derniers droits exclusifs ou spéciaux en matière de fourniture de services de télécommunications (ceux couvrant la téléphonie vocale) et de mise en place et d'exploitation de réseaux de télécommunications (ceux couvrant les réseaux publics utilisés pour fournir la téléphonie vocale) seraient abolis par les États membres au plus tard au 1^{er} janvier 1998²⁸. En outre, les directives O.N.P. furent amendées et de nouvelles furent adoptées mettant en place le nouveau concept de puissance: directives « O.N.P.-cadre 97 »²⁹ (qui ne définit pas elle-même le concept de puissance significative sur le marché mais y réfère dans son annexe), « O.N.P.-Interconnexion »³⁰, « O.N.P.-lignes louées 97 »³¹, « O.N.P.-téléphonie vocale 98 »³² et « licences »³³. Cet ensemble de directives fut complété en 2000 par le règlement « dégroupage de la boucle locale »³⁴, pour assurer une véritable concurrence sur le marché de l'accès

25. Communication de la Commission du 29 novembre 1994, « Situation actuelle et politique future en matière de liberté d'accès aux réseaux et services de télécommunications (O.N.P. – fourniture d'un réseau ouvert) », COM(94) 513, p. 11.
26. Résolution du Conseil du 22 juillet 1993 sur le réexamen de la situation du secteur des télécommunications et de la nécessité de nouveaux développements sur ce marché, J.O.C.E., n° C 213/1 du 6 août 1993 ; résolution du Conseil du 22 décembre 1994 relative aux principes et au calendrier de la libéralisation des infrastructures de télécommunications, J.O.C.E., n° C 379/4 du 31 décembre 1994 ; résolution du Conseil du 18 septembre 1995 sur la mise en place du futur cadre réglementaire des télécommunications, J.O.C.E., n° C 258/1 du 3 octobre 1995.
27. Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, J.O.C.E., n° L 74/13 du 22 mars 1996.
28. Article 1.2 de la directive « pleine concurrence ». Cette libéralisation se faisait sous réserve de la possibilité de délais transitoires qui ont par ailleurs été accordés au Luxembourg, à l'Espagne, au Portugal, à l'Irlande et à la Grèce et qui se sont entretiens écoulés.
29. Directive « O.N.P.-cadre 90 » telle que modifiée par la Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., n° L 295/23 du 29 octobre 1997.
30. Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.), J.O.C.E., n° L 199/32 du 26 juillet 1997. Elle a été modifiée par la directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, J.O.C.E., n° L 268/37 du 3 octobre 1998 (directive « numérotation »).
31. Directive « O.N.P.-lignes louées 92 », telle que modifiée par la directive 97/51/CE citée *supra* et par la décision 98/80/CE de la Commission du 7 janvier 1998 modifiant l'annexe II de la directive 92/44/CEE du Conseil, J.O.C.E., n° L 14/27 du 20 janvier 1998.
32. Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, J.O.C.E., n° L 101/24 du 1^{er} avril 1998.
33. Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, J.O.C.E., n° L 117/15 du 7 mai 1997. Cette dernière directive n'impose pas elle-même des obligations aux organismes puissants, mais fournit un instrument pour cette imposition : la licence individuelle (article 7, § 1, d, et annexe, point 4.6). Alors que les premières réflexions pour un nouveau cadre réglementaire incluaient la problématique des licences parmi les mesures O.N.P., cette idée a été abandonnée par la suite.
34. Règlement (CE) n° 2887/2000/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, J.O.C.E., n° L 336/4 du 30 décembre 2000.

local, et partant, le développement des services d'accès à Internet à haut débit.

Les obligations imposées par ces diverses mesures aux organismes puissants visent principalement l'avènement d'une concurrence effective. Il en est ainsi en matière d'octroi d'interconnexion et d'accès spécial³⁵, d'orientation des tarifs vers les coûts et de tenue d'une comptabilité appropriée³⁶ ou encore de présélection des opérateurs³⁷. Elles visent également, mais dans une moindre mesure, à promouvoir les droits des utilisateurs finaux et les intérêts des citoyens. Ainsi, en matière d'offres garanties, les organismes puissants se voient imposer l'obligation de fournir certains compléments de services (comme l'identification de la ligne d'appel ou le renvoi automatique d'appel³⁸) ou la fourniture d'un ensemble minimal de lignes louées présentant des caractéristiques techniques harmonisées³⁹. Toutefois, on note que la majorité des règles concernant la protection du consommateur s'appliquent à tous les opérateurs, indépendamment de leur puissance, et qu'en matière de service universel, les obligations s'appliquent aux opérateurs désignés à cet effet, et non aux opérateurs puissants⁴⁰.

Finalement, et en dehors du fait que les obligations de l'O.N.P. ont *per se* un but d'harmonisation, la fourniture obligatoire d'un ensemble minimal de lignes louées mentionnée ci-dessus constitue un exemple d'obligations imposées aux organismes puissants afin de poursuivre un objectif d'harmonisation au sein du marché intérieur.

2. Le concept de puissance significative sur le marché

a. Choix du concept

Le nouveau concept de puissance – ou plutôt celui de puissance *significative* sur le marché⁴¹ – remplaçant celui des « organismes de télécommunications » devait tenir compte de plusieurs considérations: il devait être lié au pouvoir de marché afin de pouvoir s'adapter à l'évolution des marchés et de la concurrence⁴², et être basé sur des faits simples et facilement vérifiables afin de garantir la sécurité juridique. Certains⁴³ avaient alors proposé le critère du « goulet d'étranglement » c'est-à-dire l'accès à l'utilisateur final sans possibilité de contournement. D'autres avaient suggéré de s'aligner sur la dominance au sens

35. Article 4, § 2, de la directive « O.N.P. interconnexion ».

36. Annexe, point 3 de la directive « O.N.P.-cadre 97 », article 10 en relation avec les articles 1^{er}, alinéa 3 et 11, § 1 *bis* de la directive « O.N.P.-lignes louées 97 », article 7 de la directive « O.N.P. interconnexion », articles 17 et 18 de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 », article 3, § 3, du règlement « dégroupage de la boucle locale ».

37. Article 12, § 7, de la directive « O.N.P.-interconnexion ».

38. Article 15, § 1 de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 ».

39. Article 7 et 11, § 1. *bis* de la directive « O.N.P. lignes louées 97 ». Il est prévu que cette obligation, comme l'ensemble de la directive, s'applique aux opérateurs puissants, ou à défaut à tout autre opérateur notifié.

40. Articles 2, § 2, 9 et 5, § 1, de la directive « O.N.P. téléphonie vocal 98 ». De plus, en matière de téléphonie vocale, seul un petit nombre d'obligations a été imposé uniquement aux organismes puissants: par exemple « les modifications de tarifs ne sont mises en vigueur qu'après une période adéquate de préavis au public, fixée par l'autorité réglementaire nationale » (article 17, § 5 de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 »).

41. Dans les directives pertinentes, le concept anglais de « *significant market power* » a été traduit dans les versions françaises simplement par « puissance sur le marché ».

42. Communication de la Commission du 28 avril 1993, sur la consultation sur l'examen de la situation dans le secteur des services de télécommunications, COM(93) 159, p. 22.

43. Notamment l'E.T.N.O., association d'opérateurs qui regroupait à l'époque principalement les anciens monopoles, cité par ANALYSIS, *Network Europe – Telecom Policy to 2000*, Briefing Report Series European Telecommunications 9, 1994, p. 79. Voy. aussi : communication de la Commission du 3 mai 1995, « Consultation relative au Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble », COM(95) 158, p. 11 et 26 qui indique que ce point de vue est partagé par « de nombreux exploitants en place » qui « préfèrent que le critère principal des obligations d'interconnexion soit le contrôle d'une "installation goulet d'étranglement" plutôt que de fixer des critères fondés uniquement sur la part de marché ».

du droit de la concurrence⁴⁴. Finalement, il fut décidé de se baser sur un seuil de 25% de parts de marché sur des marchés préalablement définis, seuil suffisamment élevé pour que de nouveaux entrants ne soient pas indûment confrontés à une barrière à l'entrée, mais suffisamment bas pour que les obligations décidées dans l'intérêt général au niveau de la Communauté européenne soient partagées de manière loyale par tous les organismes ayant obtenu une part du marché suffisante. Toutefois, d'autres critères que les parts de marché pouvaient également être pris en compte ce qui donne une certaine flexibilité au système⁴⁵. En pratique, le nouveau concept continuait à viser principalement les anciens monopoleurs.

Dès lors, la désignation d'un organisme comme puissant tient compte de deux éléments : d'une part, le marché de produits/services et le marché géographique et d'autre part, la position que l'organisme visé occupe sur les marchés concernés. Pour aider les A.R.N. dans cette désignation, les services de la Commission ont publié en 1999 à cet égard la note « Significant Market Power »⁴⁶.

b. Définition des marchés

Afin de donner un maximum de sécurité juridique aux opérateurs, les marchés de produits ou de services pour la détermination de la puissance sont

déterminés à l'avance dans les directives O.N.P. pertinentes, souvent par référence à l'obligation devant être imposée comme c'est le cas par exemple pour les articles 6 et 7 de la directive « O.N.P.-interconnexion » :

- la directive « O.N.P.-lignes louées 97 » définit le marché du (des) type(s) de ligne(s) louée(s) offert(s) dans une zone géographique particulière ⁴⁷,

- la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 » définit le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services de téléphonie vocale, sans le segmenter selon les appels locaux, nationaux ou internationaux⁴⁸,

- la directive « O.N.P.-interconnexion » distingue quatre marchés: le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services téléphoniques publics fixes⁴⁹, le marché des lignes louées⁵⁰, le marché des réseaux publics de téléphonie mobile et/ou des services publics de téléphonie mobile⁵¹ et le marché national de l'interconnexion (fixe et mobile)⁵².

En outre, la détermination des marchés est aussi tributaire de l'objet et des objectifs des directives concernées. Par exemple, puisque l'interconnexion vise la liaison physique et logique de réseaux, quand on détermine la puissance sur ce marché, c'est le pouvoir des opérateurs de réseaux qui doit être examiné, et non celui des organismes qui se limitent à revendre un service de téléphonie vocale, sans le faire sur un réseau qu'ils exploitent (via leur propre

44. O.N.P. Committee 3 octobre 1994, « The adaptation, in the light of further liberalisation, of Open Network Provision in respect of the entities covered », ONPCOM 94-44, p.5

45. Commission services, D.G. XIII, « Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives », 1st March 1999, ci-après, note « Significant Market Power », p. 11, disponible sous <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm#misc>.

46. Cité ci-dessus.

47. Articles 23, al. 1^{er} et 11.1 bis et note « Significant Market Power », p. 4.

48. Article 2, § 2, i, al. 1^{er} et note « Significant Market Power », p. 5. Notons que le règlement « dégroupage de la boucle locale » (article 2, a - définition des « opérateurs notifiés ») vise le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et se réfère aux directives « O.N.P.-téléphonie vocale 98 » et « O.N.P.-interconnexion ».

49. Annexe I, 1^{re} partie ainsi que les articles 4, § 2, 6, 7, 8, § 2 et 12, § 7.

50. *Idem*, annexe I, 2^{me} partie ainsi que les articles 4, § 2, 6, 7 et 8, § 2.

51. *Idem*, annexe I, 3^{me} partie ainsi que les articles 4, § 2 et 6.

52. *Idem*, annexe I, 3^{me} partie ainsi que l'article 7, § 2.

infrastructure, ou des lignes louées à un autre opérateur)⁵³.

Quant au marché géographique, il est également défini à l'avance dans les directives « O.N.P.-interconnexion » et « O.N.P.-téléphonie vocale 98 » qui précisent que le marché géographique vise la zone sur laquelle porte l'autorisation de l'organisme concerné d'exploiter les réseaux et services visés⁵⁴. Toutefois, les différentes versions linguistiques des directives ne sont pas traduites à l'identique. Alors que les versions anglaises et allemandes permettent de considérer la zone de l'autorisation comme marché géographique pertinent, les versions françaises semblent plutôt viser une quelconque zone géographique d'un État membre au sein *duquel un opérateur* est autorisé à exercer ses activités, ce qui laisse plus de flexibilité à l'A.R.N.

En outre, le marché géographique peut être plus limité que la zone de l'autorisation⁵⁵, notamment lorsqu'un opérateur bénéficiait historiquement d'un monopole sur une petite partie d'un territoire national (et y maintient une position très forte) et dispose d'une autorisation à l'échelle nationale (sur le territoire duquel il reste faible). Dans pareille hypothèse, l'A.R.N. peut décider qu'un tel opérateur est puissant uniquement dans la zone anciennement couverte par son monopole, mais dans un souci de sécurité juridique, elle doit

publier à l'avance les critères de détermination de zones géographiques spéciales.

Quant à la directive « O.N.P.-lignes louées 97 », elle laisse plus de flexibilité aux A.R.N. car elle prévoit que le marché géographique peut couvrir tout ou partie du territoire d'un État membre⁵⁶.

c. Appréciation de la puissance significative sur le marché

L'A.R.N. procède à la désignation⁵⁷ d'un organisme puissant sur la base d'une présomption établie par les directives selon laquelle un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part de marché supérieure à 25 %⁵⁸. Pour mesurer la taille globale du marché et les parts qu'y détiennent les différents opérateurs, l'A.R.N. s'inspire des principes du droit de la concurrence⁵⁹. Cependant, elle peut renverser cette présomption sur la base de différents critères prévus dans les directives (capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, facilités d'accès aux ressources financières, expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché, et éventuellement liens internationaux). Cette liste ne nous paraît pas être limita-

53. Note « Significant Market Power », p. 5, note 5 et p. 7.

54. Article 4, § 3 de la directive « O.N.P.-interconnexion » et article 2, § 2, i de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 ».

55. Note « Significant Market Power », p. 11. On vise par exemple le cas de City of Kingston Communications (Hull) plc au Royaume-Uni.

56. Article 2, § 3, alinéa 1^{er} de la directive « O.N.P.-lignes louées 97 ».

57. Voy. notamment art. 2, § 2, i de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 ».

58. Article 2, § 3 de la directive « O.N.P.-lignes louées 97 » ; article 2, § 2, i de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 » ; et article 4, § 3 de la directive « O.N.P.-interconnexion ». Précisons que pour les deux premières directives, cette part doit être égale ou supérieure à 25% pour déclencher la présomption de puissance, alors que la directive « O.N.P.-interconnexion » prévoit seulement une part supérieure à 25%.

59. Note « Significant Market Power » pp. 3-4; communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (ci-après communication « marché »), J.O.C.E., n° C 372/5 du 9 décembre 1997, paragraphes 53-55. Notons que ce calcul peut mener à un effet « yo-yo », en ce sens qu'une désignation comme organisme puissant entraînera l'obligation d'orienter les tarifs en fonction des coûts ce qui entraînera une perte de revenus et, parant, de la qualité d'organisme puissant, ce qui permet de tarifier librement ce qui entraîne une hausse des revenus...

tive, mais l'A.R.N. doit respecter la pertinence et la proportionnalité ainsi que publier à l'avance les critères qu'elle compte utiliser, et la Commission peut lui demander d'indiquer les raisons pour lesquelles elle classe un organisme dans la catégorie des puissants⁶⁰.

La manière pratique selon laquelle une A.R.N. détermine si un organisme détient 25 % des parts du marché n'est pas prévue par les directives mais trois étapes ont été suggérées par les services de la Commission⁶¹: d'abord, décider des paramètres à utiliser pour mesurer la taille globale du marché et les parts de marché, ensuite collecter les données sur l'activité économique des opérateurs⁶², et enfin, décider éventuellement de déroger au principe des 25 % des parts de marché en se justifiant. En outre, on note qu'un organisme est à considérer comme puissant à partir de sa désignation comme telle.

Pour conclure, il nous semble que le concept de puissance de la deuxième phase de la réglementation favorise la sécurité juridique et l'harmonisation, au détriment de la flexibilité et, partant, la segmentation des marchés de produits/services et géographiques n'est pas assez fine pour prendre correctement en compte l'évolution de la concurrence et de la technologie⁶³.

d. Les obligations qui peuvent être imposées

Une fois qu'un organisme est désigné comme puissant sur un marché, l'ensemble des obligations prévues à son égard par les mesures européennes s'appliquent automatiquement, sans possibilité pour les A.R.N. de choisir les obligations les plus appropriées⁶⁴. Par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, ce n'est qu'à partir du moment de la classification par l'A.R.N. comme puissant que l'organisme concerné encourt les obligations liées à cette qualité. Contrairement au droit de la concurrence, les obligations sectorielles ne s'appliquent pas de manière latente avant toute désignation spécifique. Ainsi, il va de soi qu'une entreprise ne doit pas orienter ses tarifs en fonction de ses coûts avant d'être désignée comme organisme puissant, alors qu'on reprochera justement à une entreprise dominante d'avoir abusé de sa position dominante, avant même que cette dernière ne soit officiellement constatée.

Rappelons que les directives O.N.P. ne prévoient pas seulement des obligations pour les organismes puissants, mais aussi pour d'autres destinataires. Ainsi, certains opérateurs non puissants se voient également imposer des obligations, comme par exemple, celle de négocier l'interconnexion avec leurs pairs⁶⁵.

60. Article 18, § 2, alinéa 2 de la directive « O.N.P.-interconnexion ». Voir aussi article 25, § 2, de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale (98) ». Par contre, la directive « O.N.P.-lignes louées 97 » ne prévoit pas une telle disposition.

61. Note « Significant Market Power », pp. 3-4, 10-11.

62. Ceci est possible en vertu de l'article 5bis, § 4, de la directive « O.N.P.-cadre 97 », de l'article 8, § 3 de la directive « O.N.P.-interconnexion », et de l'article 18, § 4 de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale ». De plus les autorisations peuvent contenir des conditions liées à la fourniture des informations raisonnablement exigées (directive « licences », articles 13, § 2 et 4, § 1 ainsi qu'annexe, point 2.2).

63. Il faut regretter un certain nombre de déficiences formelles qui nuisent à la transparence du régime. Ainsi par exemple une version linguistique unique aurait été utile en ce qui concerne la détermination du marché géographique.

64. Cette affirmation doit être nuancée car certaines directives prévoient des clauses de caducité. Ainsi l'article 10, § 4 de la directive « O.N.P.-lignes louées 97 », l'article 17, § 6 de la directive « O.N.P.-téléphonie vocale 98 » et l'article 4, § 4 du règlement « dégroupage de la boucle locale » permettent à l'A.R.N. de lever l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts lorsqu'il est établi que la concurrence joue effectivement, ce qui semble impliquer qu'une concurrence effective puisse exister malgré la présence d'entreprises puissantes sur le marché.

65. Directive, article 4, § 2 et annexe II. Dans certaines hypothèses, cette obligation de négocier peut d'ailleurs se voir transformé par les A.R.N. en une obligation de conclure (directive « O.N.P.-interconnexion », article 9, § 3, alinéa 3).

Troisième phase de la réglementation (au-delà de 2003): le concept révisé de « puissance significative sur le marché »

Puissance significative sur le marché – Article 14 de la directive « cadre » –
Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. (...) Lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché.

1. Contexte⁶⁶

Les directives de 1997-98 avaient prévu une révision du cadre réglementaire en 1999 pour l'adapter à l'évolution des marchés. Cet exercice a conduit à la communication « réexamen 1999 »⁶⁷ et finalement à l'adoption d'un paquet de plusieurs nouvelles directives.

La révision poursuivait plusieurs objectifs. D'abord, elle visait à tenir compte de la convergence technologique des secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. Ainsi, les nouvelles directives adoptent une approche horizontale (technologiquement neutre) et couvrent l'ensemble des services et des réseaux de communications électroniques (qui incluent notamment les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuel-

le et les réseaux câblés de télévision) et ne se limitent plus aux télécommunications⁶⁸. Ensuite, le nouveau cadre entend achever l'établissement d'une concurrence effective dans le secteur et a été conçu pour servir d'intermédiaire entre le cadre actuel et une situation future où les marchés auront atteint une maturité suffisante pour pouvoir être régis uniquement par le droit de la concurrence. Finalement, le nouveau cadre entend faire face à l'évolution très rapide et imprévisible des technologies et des marchés dans un contexte de procédures législatives lentes (au moins 18 mois). Ceci exige un sage équilibre entre d'une part, la flexibilité⁶⁹ et d'autre part, la sécurité juridique⁷⁰ et le maintien de l'intégrité du marché intérieur⁷¹.

Ce nouveau paquet réglementaire est composé de quatre directives principales qui ont été adoptées en mars 2002 et

66. Voy. notamment C. HOCEPIED, « The new EU regulatory Framework for Electronic communications: From sector specific regulation to Competition Law », May 2002 disponible sous http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2002.html ; P. LAROCHE, « A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications », *Journal of Network Industries* 3, 2002, pp. 129-149 ; R. SCHÜTZ, T. ATTENDORN, « Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union - Was muss Deutschland ändern », *MMR-Beilage*, 4/2002, 56 p.

67. Communication de la Commission du 10 novembre 1999, « Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés - Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications », COM (1999) 539.

68. Article 1 et considérant 5 de la directive « cadre ».

69. Par exemple le fait que les marchés pertinents ne sont plus définis dans les directives elles-mêmes, ou la marge de manœuvre donnée aux A.R.N. en matière d'imposition d'obligations aux entreprises puissantes.

70. Par exemple la soumission de l'activité des A.R.N. à des objectifs politiques clairs, fixés par la directive « cadre ».

71. Par exemple la possibilité donnée à la Commission de bloquer un projet d'une A.R.N. de désigner une entreprise comme puissante si cette mesure était notamment incompatible avec la consolidation du marché intérieur.

dont les dispositions de transposition nationale seront applicables en juillet 2003⁷²; la directive « cadre »⁷³ qui comprend les dispositions générales sur les institutions et leur coordination au niveau européen, sur la nouvelle notion de puissance et sur l'accès à certaines infrastructures; la directive « autorisation »⁷⁴ qui organise l'entrée sur les marchés; la directive « accès »⁷⁵ qui règle les relations sur les marchés de gros entre les opérateurs de réseaux et services de communications électroniques; et la directive « service universel »⁷⁶ qui règle les relations sur les marchés de détail entre les opérateurs et les utilisateurs finaux.

À ces mesures s'ajoutent la décision « spectre radioélectrique »⁷⁷, la directive « vie privée communications et électroniques »⁷⁸ et la directive « libéralisation »⁷⁹. La directive « cadre » est notamment complétée par une recommandation « marchés »⁸⁰ et par des

lignes directrices « analyse du marché »⁸¹.

Cette troisième phase s'inscrit dans une continuité avec les deux précédentes puisque les objectifs de la réglementation et des autorités chargées de l'appliquer sont identiques et sont maintenant explicités dans les directives⁸²: promotion de la concurrence, contribution au développement du marché intérieur du soutien aux intérêts des citoyens de l'Union européenne.

En matière d'obligations imposées aux entreprises puissantes, on constate une concentration sur l'objectif de concurrence encore plus accentuée que celle déjà observée durant la deuxième phase d'évolution du cadre réglementaire. Ainsi sauf le cas spécifique de l'ensemble minimal de lignes louées prévu à l'article 18 et à l'annexe VII de la directive "service universel", aucune obliga-

72. Selon l'article 26 de la directive « cadre », les mesures du paquet réglementaire 1998 mentionnées ci-dessus seront abrogées avec effet au 25 juillet 2003. Le règlement « dégroupage de la boucle locale » n'est pas repris dans la liste de l'article 26. Le considérant 43 de la directive « cadre » prévoit cependant la possibilité de son abrogation. De plus, il risque de devenir caduc car les directives auxquelles renvoient la définition d'opérateur notifié et la détermination des marchés concernés [voy. *supra*] seront abrogées.

73. Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques [directive « cadre »], J.O.C.E., n° L 108/33 du 24 avril 2002.

74. Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques (directive « autorisation »), J.O.C.E., n° L 108/21 du 24 avril 2002.

75. Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion [directive « accès »], J.O.C.E., n° L 108/7 du 24 avril 2002.

76. Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), J.O.C.E., n° L 108/51 du 24 avril 2002.

77. Décision 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique »), J.O.C.E., n° L 108/1 du 24 avril 2002.

78. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), J.O.C.E., n° L 201/37 du 31 juillet 2002.

79. Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, J.O.C.E., n° L 249/21 du 17 septembre 2002.

80. Projet de recommandation de la Commission du 18 juin 2002 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ci-après *projet de recommandation marchés*. Ce projet de recommandation fait partie d'un document de travail des services de la commission des porible sous http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/publicconsult/index_en.htm.

81. Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, J.O.C.E., n° C 165/6 du 11 juillet 2002, ci-après « *lignes directrices* ».

82. Article 8 de la directive « cadre ».

tion spécifique n'est imposée explicitement aux entreprises puissantes en matière des objectifs de garantie de droits aux utilisateurs finaux et de développement du marché intérieur. Il va cependant de soi, que certaines obligations imposées aux puissants en matière d'accès et d'interconnexion servent aussi l'objectif de marché intérieur et d'interopérabilité, alors que celles imposées en matière de services de détail en vertu de l'article 17 de la directive "service universel" assurent aussi la protection des consommateurs.

Quant au concept de puissance, le nouveau cadre le maintient mais lui donne une signification nouvelle, en la liant aux principes du droit de la concurrence. De plus, il entend tirer les leçons des faiblesses du système actuel, notamment en termes de flexibilité et de finesse des segmentations des marchés.

2. Le concept de puissance significative sur le marché

a. Principes et démarche générale

Selon le nouveau cadre, l'imposition d'obligations aux opérateurs puissants se déroule en différentes étapes⁸³.

En premier lieu, la Commission adopte une recommandation qui recense les marchés de produits et de services dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires⁸⁴. L'objectif de la recommandation est double: d'une part, identifier les marchés du secteur des communications électroniques qui peuvent faire l'objet

d'une réglementation *ex ante* et, d'autre part, définir ces marchés de produits et services en suivant les principes du droit de la concurrence.

Ensuite, en tenant le plus grand compte de cette recommandation, l'A.R.N. définit les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques sur leur territoire, conformément aux méthodologies du droit de la concurrence. Pour assurer l'harmonisation de la réglementation au sein du marché unique et l'intégrité du droit de la concurrence, la Commission peut bloquer toute définition de marché qui s'écarterait de la recommandation⁸⁵.

L'A.R.N. analyse alors les marchés ainsi définis, pour déterminer s'ils présentent une concurrence effective. Cette analyse consiste à savoir si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une puissance significative sur le marché, ce qui à son tour revient à déterminer si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une position dominante (simple ou collective) au sens du droit de la concurrence ou bénéficient d'un effet de levier. Si le marché est en concurrence effective, c'est-à-dire si aucun opérateur n'y est dominant ou ne bénéficie d'un effet de levier, l'A.R.N. doit supprimer toutes les obligations *ex ante* qui s'appliqueraient et ne peut en imposer de nouvelles. Si au contraire, le marché n'est pas en concurrence effective, l'A.R.N. identifie les entreprises puissantes et leur impose les obligations appropriées.

En outre, tout ce processus sera répété périodiquement pour assurer l'adaptation de la réglementation à l'évolution

83. Directive « cadre », articles 14 à 16.

84. Si des marchés transnationaux, c'est-à-dire qui couvrent la Communauté ou une partie importante de celle-ci, peuvent justifier une réglementation *ex ante*, ils sont identifiés dans une décision de la Commission qui en définit l'aspect produit et l'aspect géographique. Les A.R.N. concernées effectuent conjointement l'analyse de marché et se prononcent de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression des obligations *ex ante* (article 15, § 4 et 16, § 5 de la directive « cadre »).

85. Article 7, § 4 de la directive « cadre ».

des conditions de marché. On le voit, le nouveau cadre enchaîne plusieurs étapes complexes, intégrant les principes du droit de la concurrence, que nous allons développer⁸⁶.

b. Première étape: définition des marchés susceptibles d'une réglementation ex ante

1. Critères d'identification des marchés susceptibles d'une réglementation ex ante

Dans le secteur des communications électroniques, un grand nombre de marchés peuvent être définis, et plusieurs d'entre eux peuvent présenter des problèmes de concurrence. Toutefois, pour assurer une réglementation minimale, seul un sous-ensemble de ces derniers sera identifié en vue d'une analyse par les A.R.N. Ainsi, l'article 15, §1 de la directive « cadre » prévoit que seuls les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations *ex ante* doivent être identifiés par la Commission dans sa recommandation « marchés ». Comme le précise le considérant 27 de la directive « cadre », ces caractéristiques sont liées à l'efficacité relative du droit de la concurrence vis-à-vis de la réglementation sectorielle puisqu'« il est essentiel que les obligations réglementaires *ex ante* ne soient imposées que (...) lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème ». En outre, ce même considérant ajoute que les marchés émergents ne doivent pas être soumis à une réglementation non appropriée⁸⁷.

Dans son projet de recommandation marchés, la Commission a précisé son interprétation de l'article 15, §1 et considère que trois conditions doivent cumulativement remplies pour qu'un marché soit identifié en vue d'être analysé par les A.N.R⁸⁸. Premièrement, le marché doit être caractérisé par des barrières à l'entrée importantes et durables. Ces barrières peuvent être de nature économique ou structurelle, ou de nature réglementaire. Deuxièmement, pour tenir compte d'aspects plus dynamiques, la structure du marché doit être telle qu'il est peu probable que ce marché tende vers une concurrence effective dans une période raisonnable. Par exemple, les marchés caractérisés par des innovations techniques importantes et constantes ou les marchés dont les entreprises ont des structures de coûts fort divergentes peuvent tendre vers la concurrence effective, alors même qu'ils comptent peu d'acteurs. Enfin troisièmement, la réglementation *ex ante* doit apparaître comme un complément approprié au droit de la concurrence. C'est le cas lorsque le seul droit antitrust ne pourrait efficacement amener la concurrence effective sur le marché car son intervention devrait être fréquente et rapide ou impliquerait le respect de conditions complexes à vérifier (contrôle des coûts ou de paramètres techniques).

Dès lors, les marchés que la Commission identifie dans sa recommandation doivent remplir ces trois critères. Toutefois, pour assurer une transition harmonieuse entre le cadre 1998 et le nouveau cadre, l'annexe I de la directive « cadre » répertorie tous les marchés actuellement régle-

86. Pour une introduction au droit de la concurrence européen, nous conseillons : S. BISHOP and M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, London, Sweet & Maxwell, 1999 ; J. FAJUL and A. NIKPAY (ed), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999 ; R. WHISH, *Competition Law*, 4th éd., London, Butterworths, 2001 ; P. ROTH (ed), *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 5^e éd, London, Sweet & Maxwell, 2001. Nous conseillons également : L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: Competition Law and Regulation*, London, Sweet & Maxwell, 2000 ; J.J. LAFFONT and J. TIROLE, *Competition in Telecommunications*, Cambridge MIT Press, 2000.

87. Voy. également le § 32 des « lignes directrices ».

88. « Explanatory Memorandum », paragraphe 3.2 et considérants 8 à 15.

mentés⁸⁹ et prévoit qu'ils doivent figurer dans la première recommandation marchés. Les A.R.N. analyseront alors ces marchés et enlèveront les obligations imposées, au fur et à mesure que la concurrence s'y développera.

2. Délimitation des marchés selon la méthodologie du droit de la concurrence

Si l'article 15, §1 de la directive « cadre » prévoit que seuls les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations *ex ante* doivent être identifiés, il précise également que ces marchés doivent être définis selon les principes du droit de la concurrence. Ces principes, qui résultent de la jurisprudence communautaire, ont été exposés dans la communication « marché » de la Commission en 1997⁹⁰. Selon cette communication, la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises, en relevant de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises.

La définition d'un marché pertinent comprend la combinaison de deux dimensions: l'aspect produit/service et l'aspect géographique. Un marché de produits comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix, ou de l'usage auquel ils sont destinés⁹¹. Le marché géographique comprend le territoire sur

lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable⁹².

Pour délimiter ces deux dimensions, il s'agira donc de déterminer les contraintes concurrentielles qui disciplinent le comportement des entreprises. Elles peuvent être de deux ordres: substituabilité du côté de la demande (en cas d'augmentation de prix, les acheteurs se tournent vers d'autres produits ou vers des fournisseurs implantés ailleurs) et substituabilité au niveau de l'offre (en cas d'augmentation de prix, de nouveaux fournisseurs ou des fournisseurs venant d'ailleurs commencent à offrir le produit). Pour que ces contraintes soient prises en compte dans la définition d'un marché, elles doivent exercer une influence réelle sur le comportement des entreprises. Dès lors, la substituabilité du côté de la demande est d'abord examinée car elle apparaît comme le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs, en particulier en ce qui concerne leur décision en matière de fixation de prix. La substituabilité du côté de l'offre existe et est prise en compte si les entreprises peuvent réorienter leur production vers les produits en cause à court terme et sans encourir de coût ni de risque substantiel. Si, au contraire, de nouveaux fournisseurs peuvent entrer sur le marché, mais à plus long terme et en encourant des coûts substantiels irrécupérables, on parle plutôt de concurrence potentielle, qui n'est prise en compte qu'au stade ultérieur de l'appréciation de la dominance⁹³.

89. En outre, l'annexe I répertorie également le marché des services internationaux d'itinérance, qui n'est actuellement pas réglementé.

90. Citée *supra*.

91. Par exemple, on pourra considérer que les services de téléphonie fixe et les services de téléphonie mobile forment deux marchés de services distincts car ces deux types de services ne sont pas substituables pour la majorité des consommateurs.

92. Par exemple, on pourra considérer que certains marchés de services de communications électroniques sont nationaux car ils nécessitent une licence nationale pour être fournis.

93. Vu le caractère dynamique du secteur des communications électroniques, la distinction entre la substituabilité de l'offre et la concurrence potentielle y est sans doute plus complexe que dans les autres secteurs. L'essentiel est, cependant, que l'entrée potentielle d'autres fournisseurs sur le marché soit prise en considération à un moment ou à un autre de l'analyse du marché pertinent, soit au stade initial de la définition du marché, soit au stade ultérieur de l'appréciation de la puissance sur le marché. Voy. note 24 des « lignes directrices ».

Pour établir l'existence de ces éventuelles substitutions, on peut appliquer le test dit du « monopoleur hypothétique ». Il s'agit de partir d'un produit ou service proposé dans une zone géographique donnée, que l'on imagine n'être offert que par un seul fournisseur, le monopoleur hypothétique. La question est alors de savoir si, en supposant que les prix de tous les autres produits restent inchangés, une augmentation faible mais significative (de 5 à 10%) et durable du prix du produit considéré s'avère profitable au monopoleur hypothétique. Si l'augmentation de prix est profitable, car les possibilités de substitution sont limitées et ne contraignent pas le comportement du monopoleur, le produit en question constitue le marché pertinent. Par contre, si l'augmentation de prix n'est pas profitable car les acheteurs se détourneraient du monopoleur hypothétique ou de nouveaux fournisseurs entreraient, il faut définir le marché plus largement, en ajoutant d'autres produits ou en élargissant sa zone géographique. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu'il devienne rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs. L'application stricte du test du monopoleur hypothétique nécessite donc de nombreuses données empiriques qui ne sont souvent pas disponibles. Dès lors, il faut voir le test comme une ligne de pensée qui doit inspirer les arguments avancés pour définir un marché plutôt que comme une étude économétrique devant être appliquée à la lettre.

Appliquant ces principes au secteur des communications électroniques, l'autorité doit commencer par définir les marchés de détail (visant les relations entre les fournisseurs et les consommateurs finaux) en éva-

luant les diverses substituabilités du côté de la demande et au niveau de l'offre. Ensuite, elle détermine les marchés de gros (visant les relations entre les fournisseurs) sur la base de la définition des marchés de détail puisque les offreurs sur les marchés de détails sont – par identité – les demandeurs sur les marchés de gros. Les définitions des deux types de marché sont donc nécessairement liées, et partant, plus les marchés de détail sont définis étroitement, plus les marchés de gros le sont également.

3. *Projet de recommandation « marchés »*

Dès lors, dans son projet de recommandation « marchés », la Commission inventorie les marchés figurant à l'annexe I de la directive « cadre », éventuellement en les redéfinissant pour respecter les méthodologies du droit de la concurrence⁹⁴. Pour ce faire, elle commence par identifier les marchés de détail et distingue quatre grandes catégories qui peuvent recouvrir plusieurs marchés: le réseau public fixe et les services de voix, le réseau public fixe et les services de données (notamment l'accès à l'Internet), le réseau public mobile⁹⁵ et les services de radiodiffusion. Ayant défini les marchés de détail, la Commission en infère ensuite les marchés de gros, en déterminant les services et les infrastructures qui sont nécessaires à un opérateur pour entrer sur chaque marché de détail.

En outre, certains marchés sont définis directement dans les directives et font l'objet d'une analyse sur cette base⁹⁶:

– l'article 19 de la directive « service universel » recense le marché de la

94. On notera que la Commission propose d'ajouter un marché à ceux qui ont été identifiés dans l'annexe I, celui des services de transmission dans les médias.

95. Il apparaît que les services de téléphonie fixe et mobile ne sont pas encore substituables de telle façon que le prix des uns contraint le prix des autres.

96. Ces marchés sont traités de manière particulière car leurs définitions ne respectent pas scrupuleusement les méthodologies du droit de la concurrence, et les directives prévoient l'obligation qui devra être imposée à l'opérateur puissant, sans laisser de flexibilité aux A.R.N.

« fourniture de raccordements au réseau téléphonique public et de l'utilisation de ce réseau en position déterminée » et prévoit l'imposition de la sélection et présélection des opérateurs.

– l'article 18 de la même directive identifie le marché de la « fourniture de l'ensemble minimal de lignes louées ou d'une partie de celui-ci » et prévoit une obligation de fourniture de façon non

discriminatoire, transparente et orientée vers les coûts.

– enfin, l'article 6 de la directive « accès » recense le marché de « l'accès conditionnel aux services de télévision et de radio numériques, indépendamment des moyens de transmission » et prévoit notamment un accès dans des conditions équitables, raisonnables, et non discriminatoires.

Liste des marchés identifiés dans le projet de recommandation de la Commission (17 juin 2002)

Catégories	Marchés de détail	Segmentation	Marchés de gros	Segmentation
Fixe - Voix	<ul style="list-style-type: none"> • Accès au réseau téléphonique public en position déterminée • Services téléphoniques accessibles au public en position déterminée 	<ul style="list-style-type: none"> • Clientèle d'affaire/résidentielle • Appels locaux/nationaux/internationaux • Appels à tarification spéciale 	<ul style="list-style-type: none"> • Départ d'appel (call origination) sur le réseau téléphonique public en position déterminée • Terminaison d'appel (call termination) sur divers réseaux téléphoniques publics en position déterminée • Service de transit sur le réseau téléphonique public fixe 	Acheminement en transit (entre centre local et le commutateur)/circuits d'interconnexion/ Services de transit fournis par un tiers
Fixe - Données	Accès au réseau en position déterminée à bas débit		<i>IDEM SUPRA</i> <ul style="list-style-type: none"> • Départ d'appel • Terminaison d'appel • Service de transit 	
	Accès au réseau en position déterminée à haut débit (utilisant les technologies DSL, modem câble, ou autres)		Accès local en vue de la fourniture de services Internet à large bande	<ul style="list-style-type: none"> • Dégroupage total de la boucle locale • Accès partagé à la boucle locale • Fourniture d'accès à haut débit (bitstream)
	Accès au réseau en position déterminée à très haut débit (utilisant un accès dédié/câbles loués)		Capacité local réservée (fourniture des segments locaux ou terminaux des lignes louées)	Segmentation possible selon la capacité (> 2 Mbits/s)
Mobiles	Accès au réseau téléphonique mobile et services téléphoniques mobiles (incluant les appels entrants et sortants, l'itinérance, les SMS)		<ul style="list-style-type: none"> • Accès aux réseaux téléphoniques mobiles et départ d'appel sur ces réseaux • Terminaison d'appel sur divers réseaux mobiles • Services internationaux d'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile 	
Radio-diffusion	Fourniture de services de radio-diffusion		<ul style="list-style-type: none"> • Services de radiodiffusion et réseaux de distribution, pour la transmission de contenu aux utilisateurs finals • Ressources associées 	

Note : – Les marchés en italique sont ceux qui ont été identifiés dans le projet de recommandation comme devant être analysés par les A.R.N.
 – Le projet indique les segmentations de marchés auxquelles les A.N.R. peuvent se livrer sans devoir notifier le marché à la Commission comme différent de la recommandation.

4. Remarque finale : comparaison avec le droit de la concurrence

L'intégration des principes du droit de la concurrence par la réglementation sectorielle (qui poursuit des objectifs et adopte une perspective propre) ne va pas sans poser des problèmes particuliers.

Contrairement au droit de la concurrence où une intervention est toujours basée sur un événement bien précis que l'on peut rattacher à une ou plusieurs entreprises (accord ou pratique concertée, concentration, abus de position dominante) et autour duquel le marché peut être défini, le droit sectoriel part d'une perspective plus large et base sa définition du marché sur une évaluation prospective de la structure et du fonctionnement de celui-ci⁹⁷. Il ne sera donc pas surprenant que les marchés définis en droit sectoriel soient plus larges que ceux délimités aux fins de la politique de concurrence. L'article 15, §1 de la directive « cadre » prévoit d'ailleurs que les marchés définis à son titre le sont sans préjudice de ceux qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.

La segmentation de chacun de ces marchés est également une question complexe, qui renvoie aux frontières de ce qui relève de la définition d'un marché et ce qui relève de l'imposition d'une obligation⁹⁸. Pour remédier à la puissance d'un opérateur sur les marchés identifiés dans la recommandation de la Commission, l'A.R.N. peut imposer diverses obligations, entre autres d'accès, aux différentes parties techniques du réseau détenues par cet opérateur. Par

exemple, pour remédier au pouvoir d'une entreprise sur le marché de la boucle locale, l'A.R.N. pourrait être amenée à imposer des obligations d'accès au commutateur ou aux locaux de colocalisation. Certains pourraient alors soutenir que puisque chacune de ces parties techniques pourrait être définie comme un marché au sens du droit de la concurrence, la définition du marché global devrait être segmentée en un ensemble de sous-marchés qui devront être identifiés et notifiés à la Commission avant de pouvoir être régulés. Toutefois, la Commission ne semble pas suivre cette approche. Elle ne considère pas que chaque partie technique doit être définie comme un marché et estime au contraire que toutes les obligations nécessaires pour remédier au pouvoir d'un opérateur sur le marché global peuvent être imposées, sans nécessiter aucune segmentation⁹⁹.

En outre, pour les marchés d'accès locaux, il faut déterminer si chaque type d'accès (interconnexion à tarification forfaitaire basée sur la capacité (*metered access*) ou à tarification non forfaitaire basée sur le temps d'utilisation (*unmetered access*), dégroupage total de la boucle locale, accès partagé, ...) constitue un marché distinct, ou seulement une obligation particulière pour remédier au pouvoir d'un opérateur sur un marché plus global. Il nous semble que cette question doit être résolue par référence à la définition des marchés de détail. Ainsi, si un type particulier d'accès est le seul possible pour entrer sur un marché de détail pertinent, cet accès constitue un marché distinct. Par contre, si d'autres types d'accès lui sont substituables pour entrer sur ce marché de détail, ils font partie du même marché, et chacun d'eux n'est qu'un remède particulier¹⁰⁰.

97. Paragraphe 27 des « lignes directrices ».

98. Et partant à l'étendue du pouvoir de blocage de la Commission sur les décisions des A.R.N. en vertu de l'article 7 de la directive « cadre ».

99. « Explanatory Memorandum » du projet de recommandation « marchés », § 3.3.

100. Par exemple, s'il existe un marché de détail pour l'accès à l'Internet haut débit, trois types d'accès à la boucle locale (dégroupage complet, accès partagé et fourniture de services d'accès à haut débit - *bit-stream*) feront partie du même marché de gros car tous trois sont substituables pour entrer sur le marché de détail. Par contre, l'accès à la boucle locale sous forme d'interconnexion fera partie d'un marché distinct car il ne permet pas de servir les mêmes marchés de détail.

c. Deuxième étape: la puissance significative sur le marché

1. Évolution du concept durant la procédure d'adoption de la directive « cadre »

Dans ses réflexions initiales soumises à consultation publique, la Commission avait proposé deux seuils différents pour la réglementation asymétrique: un seuil élevé, correspondant à la dominance au sens du droit de la concurrence, qui déclencherait les obligations les plus lourdes (accès obligatoire, orientation vers les coûts, non-discrimination) et un seuil plus bas, correspondant à un concept de puissance inchangé, déclenchant des obligations plus légères (négoce de l'accès, transparence)¹⁰¹. Durant la consultation, la majorité des commentaires fut défavorable à un double seuil jugé trop complexe et préconisait un seuil unique, sans toutefois dégager de consensus sur la fixation de celui-ci. Les nouveaux entrants dans le secteur fixe et la majorité des régulateurs plaidaient pour que le concept de puissance reste inchangé, tandis que d'autres suggéraient un alignement du concept sur la dominance au sens du droit de la concurrence¹⁰². La Commission s'est finalement ralliée à cette dernière option dans sa proposition de directive « cadre »¹⁰³ car elle limiterait la régulation là où elle se justifiait, renforcerait la flexibilité de la notion de puissance (et partant permettrait de tenir

compte de l'évolution de marchés complexes et dynamiques), et faciliterait la transition vers une application intégrale du droit de la concurrence lorsque le besoin s'en ferait ressentir.

Durant la première lecture au Parlement européen, son rapporteur avait d'abord suggéré de reprendre la définition de l'accord-cadre O.M.C. sur les services de base de télécommunications¹⁰⁴. Il estimait que le droit sectoriel, qui vise à créer les conditions d'une concurrence effective, poursuit des objectifs différents de ceux du droit de la concurrence, qui se contente de restaurer une concurrence effective naturelle, et partant, le droit sectoriel ne pouvait utiliser le même seuil d'intervention que le droit de la concurrence. Toutefois, nous pensons que si la définition de l'accord O.M.C. est peut-être plus parlante que le concept de dominance car elle renvoie directement aux comportements dommageables pouvant être occasionnés aux concurrents, elle est critiquable car elle est comprise dans le concept de dominance et plus incertaine vu qu'elle n'est explicitée par aucune jurisprudence, tant au niveau de l'O.M.C. qu'au niveau européen. Plus fondamentalement, nous pensons que si le droit sectoriel et le droit de la concurrence poursuivent des objectifs différents, cela n'implique pas nécessairement qu'ils utilisent des seuils d'intervention différents. La dominance n'est qu'une manière économique et juridique de décrypter les

101. Communication « réexamen 1999 », pp. 61-62. Cette solution fut suggérée dans une étude réalisée pour les services de la Commission dans le cadre de la révision 1999: D. LEWIN, D. ROGERSON, *A review of the Interconnect Directive - A final report to the Information Society Directorate*, London, Ovum, October 1999, pp. 37-48, mais rejetée par une autre étude, qui préconisait d'utiliser le concept de goulet d'étranglement: SQUIRE, SANDERS, DEMPSEY, with ANALYSIS, « Consumer Demand for Telecommunications Services and the Implications of the Convergence of Fixed and Mobile Networks for the Regulatory Framework for a Liberalised EU Market », January 2000, pp. 143-164.

102. Communication de la Commission du 26 avril 2000 « Résultats de la consultation publique sur le réexamen 1999 du cadre des communications et lignes directrices pour le nouveau cadre réglementaire », COM (2000) 239, pp. 21-22.

103. J.O.C.E., n° C 365E/198 du 19 décembre 2000.

104. Le critère proposé était: « capacité persistante d'affecter matériellement les conditions de participation sur le marché pertinent, disposant ou non d'une position dominante sur le marché ». Paasilinna, 2000/0184(COD), draft report, 16 novembre 2000, pp. 15 et 23 (notre traduction). Pour l'accord O.M.C., voy. décision 97/838/CE du Conseil du 28 novembre 1997 concernant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, pour les matières relevant de sa compétence, des résultats des négociations de l'O.M.C. sur les services de télécommunications de base, J.O.C.E., n° L 347/45 du 18 décembre 1997.

forces du marché, elle n'est qu'un certain degré de pouvoir de marché permettant à son bénéficiaire d'adopter des comportements qui diminueront l'efficacité. On peut donc concevoir que le degré de pouvoir de marché requis pour une intervention en droit sectoriel soit le même que celui requis pour une intervention en droit de la concurrence, bien que les deux types d'intervention publique poursuivent des objectifs différents puisque le premier vise à prévenir *ex ante* les utilisations abusives qui pourraient être faites de la position dominante et que le second vise à sanctionner *ex post* ces abus.

C'est pourquoi, à juste titre selon nous, le Parlement européen n'a finalement pas retenu la suggestion de son rapporteur, et a soutenu la proposition de la Commission de baser la puissance sur la dominance. Toutefois, il clarifiait le concept de dominance collective et ajoutait deux cas supplémentaires d'intervention: le contrôle de l'accès aux utilisateurs finaux et l'intégration verticale permettant d'altérer de manière appréciable la concurrence¹⁰⁵. Ces amendements ne nous paraissent pas pertinents car un contrôle d'accès aux utilisateurs finaux ou une intégration verticale ne justifient une intervention publique que s'ils mènent à un pouvoir de marché équivalent à la dominance. D'ailleurs, dans sa proposition modifiée¹⁰⁶, la Commission n'a pas retenu les amendements du Parlement car elle estimait qu'il ne se justifiait pas d'étendre l'imposition des obligations liée à la puissance au-delà de la dominance.

La position commune du Conseil¹⁰⁷ n'a pas non plus repris ces amende-

ments et s'en est tenue à la proposition de la Commission, tout en clarifiant plusieurs points importants. D'une part, l'article 13, §2 (devenu l'article 14, §2 dans la version finale) explicite l'équivalence entre la P.S.M. et la dominance. D'autre part, l'article 13, §2 et l'annexe II clarifient les critères de la position dominante collective. Enfin, durant les débats, il fut précisé que le test de concurrence effective mentionné à l'article 15 (devenu l'article 16) correspond au test de puissance de l'article 13. Dès lors, l'absence de concurrence effective signifie la présence d'une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative, et inversement, la concurrence effective signifie l'absence d'entreprise ayant une puissance significative¹⁰⁸. L'absence de concurrence effective ne nécessite donc pas la preuve d'un comportement abusif de l'entreprise, ce qui nous semble logique puisque la condition déclenche une régulation qui vise précisément à prévenir tout comportement abusif et non à le sanctionner. Sous réserve de l'effet de levier, il y a donc une identité stricte entre la dominance, la P.S.M. et l'absence de concurrence effective.

L'article 14 de la directive finalement adoptée reprend la position commune du Conseil: une entreprise dispose d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, ou bénéficie d'un effet de levier venant d'un marché où elle dispose d'une dominance. L'identité de la notion de P.S.M. et de la dominance a donc été maintenue. Mais comme le précise le considérant 27, l'analyse de la concurrence

105. A5-0053/2001, 1^{er} mars 2001, amendement 56, J.O.C.E., n° C 277/91 du 1^{er} octobre 2001.

106. J.O.C.E., n° C 270E/199 du 25 septembre 2001.

107. J.O.C.E., n° C 337/34 du 30 novembre 2001.

108. Ce point est maintenant clarifié dans le considérant 27 de la directive « cadre » qui précise que « ...les obligations réglementaires *ex ante* ne (sont) imposées qu'en l'absence de concurrence effective, c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché ... » et par les paragraphes 19 et 107 des « lignes directrices ».

effective – et donc de la P.S.M. – est prospective. Les A.R.N. devront donc déterminer si la dominance est susceptible de perdurer durant une période raisonnable (qui est liée aux caractéristiques de chaque marché et aux échéances des analyses successives) avant de désigner un opérateur comme puissant. Pour ce faire, les A.R.N. devront, en se basant sur les conditions existantes, tenir compte des développements attendus du marché¹⁰⁹.

En droit antitrust, la position dominante a été définie par la jurisprudence communautaire comme le pouvoir de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients, et en fin de compte des consommateurs¹¹⁰. Il s'agit d'un certain degré de pouvoir de marché, qui permet à son ou ses bénéficiaires de se comporter de manière indépendante sur le marché, et qui a été jugé nécessaire et suffisant pour justifier l'intervention du droit de la concurrence. Puisque le législateur européen a décidé d'aligner le concept de P.S.M. sur la dominance, c'est ce même degré de pouvoir de marché – toutefois déterminé de manière prospective – qui déclenchera l'intervention de la régulation sectorielle.

La position dominante peut être de deux types – simple ou collective – suivant qu'elle est détenue par une ou plusieurs entreprises.

2. Dominance simple¹¹¹

L'appréciation de la dominance simple n'est pas une tâche aisée qui se limiterait à l'examen mécanique d'une liste exhaustive de critères. Elle implique une appréciation globale du marché pour déterminer si une entreprise possède un degré de pouvoir de marché tel qu'elle peut se comporter de manière indépendante. Cet examen peut se faire en deux étapes: d'abord la détermination de l'intensité de la concurrence actuelle sur le marché, et ensuite, la détermination de la concurrence potentielle.

La concurrence actuelle doit être évaluée à l'aune d'un ensemble de critères, dont l'un des plus importants est la part de marché. Selon la jurisprudence, si la part de marché est inférieure à 25%¹¹², l'absence de dominance sera présumée, tandis que si elle est supérieure à 40%¹¹³, la dominance sera alors présumée, ces deux présomptions réfragables pouvant être renversées. En pratique, les parts de marchés sont évaluées par référence au montant des ventes, en valeur en cas de produits différenciés et en volume en cas de produits homogènes¹¹⁴. Dès lors, dans le secteur des communications électroniques où la plupart des produits et services sont différenciés, les parts de marché doivent le plus souvent être évaluées par référence au chiffre d'affaires¹¹⁵. Toutefois, d'autres critères peuvent également être

109. Paragraphe 20 des « lignes directrices ». Partant, la détermination de la P.S.M. s'apparente plus au calcul de la dominance au sens de l'article 2 du règlement « concentration » qui est prospectif (règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, J.O.C.E., n° L 395/1 du 30 décembre 1989, modifié en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997, J.O.C.E., n° L 180/1 du 9 juillet 1997) qu'à celle de l'article 82 du Traité CE, pour laquelle de calcul et principalement rétrospectif.

110. Voy C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, 27/76, Rec. 207, §65 ; C.J.C.E., 13 février. 1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, Rec., 461, §38.

111. V. KORAH, « Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86 », *C.M.L.R.*, 1980, pp. 395-414.

112. Voy. aussi le considérant 15 du règlement « concentration ».

113. *Hoffman-La Roche*, cit., supra § 41 ; C.J.C.E., 3 juillet 1991, *Akzo*, C-62/86, Rec., I-3359, § 60 ; T.P.I.C.E., 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, Rec., II-2969, § 70 ; T.P.I.C.E., 22 novembre 2001, *A.A.M.S.*, T-139/98, non encore publié.

114. Lignes « directrices », §§ 76-77 ; communication « marché », §§ 54-55.

115. Voy n. « Significant Market Power »

pris en compte, comme la capacité ou le nombre de points de terminaison d'un opérateur¹¹⁶. De plus, les ventes internes sont en principe prises en compte dans le calcul des parts de marchés¹¹⁷.

La concurrence actuelle est également évaluée sur la base d'autres critères : ceux déjà utilisés dans le cadre réglementaire de 1998 (capacité d'influencer les conditions du marché, chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, contrôle des moyens d'accès à l'utilisateur final, facilités d'accès aux ressources financières, expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché, liens internationaux), ceux repris dans la liste exemplative du paragraphe 78 des lignes directrices « analyse du marché » (économie d'échelle ou de gamme, intégration verticale, absence de puissance d'achat compensatrice, supériorité technologique, diversification des produits, existence d'un réseau de distribution développé) ou encore le contrôle d'une facilité essentielle¹¹⁸.

Outre la concurrence réelle sur le marché, la concurrence potentielle doit également être prise en compte pour apprécier la position dominante. L'A.R.N. doit évaluer la possibilité que

les entreprises déjà présentes sur le marché étendent leur production étendent ou que des opérateurs qui ne sont pas encore présents y entrent à moyen terme, éventuellement en encourant des coûts substantiels et non récupérables. Cette concurrence potentielle dépend donc de l'intensité des barrières à l'entrée et à l'expansion¹¹⁹.

3. *Dominance collective* ¹²⁰

L'appréciation de la dominance collective, quant à elle, est plus difficile car il s'agit d'un concept complexe dans la théorie économique¹²¹ et nouveau dans la jurisprudence communautaire. On considère que deux ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante collective lorsque, bien que restant indépendantes, elles se comportent ensemble comme le ferait une seule et unique entreprise bénéficiant d'une dominance. Ce parallélisme de comportement peut être dû à l'existence de liens structurels entre les entreprises (comme des accords) ou à une structure de marché telle que les entreprises alignent leurs comportements sans se concerter et sans aucun lien entre elles (collusion tacite)¹²².

116. *Idem*, pp. 4-6.

117. *Idem*, p. 7 ; *contra* : communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E. n° C 265/2 du 22 août 1998, ci-après « communication accès », § 70 ; C.J.C.E., 21 février 1973, *Continental Can*, 6/72, *Rec.*, 215.

118. Comme précisé par le paragraphe 81 des lignes « directrices », le contrôle d'une facilité essentielle implique une dominance, et partant une P.S.M., mais à l'inverse la P.S.M. n'exige pas la preuve du contrôle d'une facilité essentielle puisqu'il se peut qu'une entreprise soit dominante sans contrôler une facilité essentielle (voy. également le paragraphe 69 de la communication « accès »).

119. D. HARBORD and T. HOEHN, « Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy », *International Review of Law & Economics* 14, 1994, pp. 411-435 ; S. TURNBULL, « Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law », *E.C.L.R.*, 1996, pp. 96-103.

120. G. NIELS, « Collective dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence », *E.C.L.R.*, 2001, pp. 168-172.

121. G. STIGLER, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy* 72, 1964, p.44 ; C. SHAPIRO, « Theories of Oligopoly Behaviours », in R. SCHWALENSEE and R. WILLIG (ed), *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, 1989, p. 329.

122. T.P.I.C.E., 25 mars 1999, *Gencor*, T-102/96, *Rec.*, II-753, §§ 276-277 ; C.J.C.E., 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge*, C-395/96 et C-396/96P, *Rec.*, I-1365, § 39 ; et en particulier T.P.I.C.E., 6 juin 2002, *AirTours*, T-342/99, non encore publié au *Recueil*, § 61 qui précise que « Une situation de position dominante collective peut donc intervenir (...) lorsque (...) prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole dominant considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article 81 CE (...), et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective ».

Ainsi, selon l'arrêt *Airtours*¹²³, la dominance collective nécessite le respect de trois conditions. « En premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action (...). La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres. En deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. (...) Il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (...). En troisième lieu, (il faut) (...) également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune. »

L'analyse que doit mener l'A.R.N. est donc complexe et, pour la guider, l'annexe II de la directive « cadre » prévoit une liste non exhaustive et non cumulati-

ve de critères susceptibles de conduire à une coordination tacite et, partant, à une dominance collective : concentration, transparence, maturité, symétrie dans les coûts et dans les parts de marché, mécanismes de rétorsion, etc. En outre, dans le cadre du contrôle des concentrations, la Commission a déjà eu l'occasion d'appliquer le concept de position dominante collective dans le secteur des communications électroniques. Ainsi, elle a considéré que le marché de la téléphonie mobile en Allemagne¹²⁴ et en Belgique¹²⁵ pouvait présenter les caractéristiques menant à une dominance collective. Par contre, le marché irlandais de l'accès commuté à Internet¹²⁶ ou le marché paneuropéen des services mobiles aux clients à itinérance internationale¹²⁷ ne semblaient pas présenter de telles caractéristiques. Dès lors, il apparaît que la dominance collective doit être appréciée au cas par cas et dépend fortement des circonstances de l'espèce.

4. Effet de levier

Enfin, l'article 14, §3 de la directive « cadre » prévoit une troisième hypothèse de puissance puisqu'une entreprise qui est puissante sur un premier marché peut être considérée comme puissante sur un second marché, qui lui est étroitement lié, dans la mesure où l'entreprise peut utiliser sa puissance du premier marché pour acquérir ou renforcer son pouvoir sur le second marché. En d'autres termes, si un opérateur est dominant sur un marché, l'A.R.N. pourrait faire « comme si » cet opérateur était

123. Paragraphe 62 de l'arrêt. Par ailleurs, il ne faut pas confondre l'oligopole, qui signifie simplement la présence de peu d'acteurs sur le marché et la dominance oligopolistique qui signifie que l'ensemble des acteurs sur le marché se comportent comme le ferait un monopoleur.

124. *Vodafone/AirTouch*, M.1430, § 28. Les critères motivant la décision sont: accès au marché très réglementé, nombre de licences limité par les fréquences disponibles, transparence.

125. *France Telecom/Orange*, M.2016, § 26. Les critères motivant la décision sont: parallélisme de comportement et transparence.

126. *BT/Esat*, M.1838, §§ 10-14. Les critères motivant la décision sont: marché en expansion, évolution technologique, produits non homogènes.

127. *France Telecom/Orange*, M.2016, §§ 39-40. Les critères motivant la décision sont: marché en expansion, produits non homogènes, absence de symétrie entre les acteurs de marché.

dominant sur un autre marché qui lui est lié verticalement ou horizontalement, le désigner comme puissant sur ce second marché et lui imposer les obligations appropriées.

Cette disposition fait écho à l'arrêt *Tetra Pak II*¹²⁸ où la Cour de justice a considéré qu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché et une position prééminente sur un marché distinct mais étroitement connexe est placée dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble de ces marchés, et partant pouvait être condamnée pour un comportement abusif sur le marché distinct.

Cette disposition doit néanmoins être maniée avec prudence¹²⁹ car elle pourrait mener à une réglementation excessive et dommageable pour l'investissement et l'intérêt du consommateur, particulièrement dans le cas des marchés émergents. Ainsi dans ses lignes « directrices »¹³⁰, la Commission a précisé qu'il est préférable d'imposer des obligations sur le marché dominé (souvent le marché amont de l'infrastructure). Ce n'est que si ces obligations ne pourraient pas assurer une concurrence effective sur le marché connexe (souvent le marché de détail des services) que sa réglementation se justifie. En pratique, l'utilisation de l'article 14, §3 de la directive « cadre » ne nous semble justifiée que si la réglementation du marché amont serait trop tardive ou difficile à mettre en œuvre à la suite du manque de transparence des prix et autres conditions applicables sur ce marché.

5. Comparaison avec le droit de la concurrence

On le voit, le concept de puissance a été aligné sur celui de la position dominante en droit de la concurrence. Toutefois, une entreprise puissante n'est pas nécessairement dominante au sens de l'article 82 du Traité CE puisque le marché pertinent peut être défini différemment en droit sectoriel et en droit de la concurrence et que la puissance s'apprécie de façon plus prospective que la dominance dans la cadre d'un abus passé. En outre, la désignation comme puissant se base sur des critères principalement structurels et n'implique pas, ni ne présume, que l'entreprise a commis un abus sanctionnable. Elle implique seulement que, d'un point de vue structurel et prospectif, l'entreprise désignée dispose, sur le marché identifié, de suffisamment de pouvoir pour se comporter de manière appréciable indépendamment de ses concurrents et des consommateurs¹³¹.

d. Troisième étape: les obligations qui peuvent être imposés aux opérateurs puissants

1. Principes

Dans le cadre réglementaire actuel, la désignation comme puissant implique l'imposition de toutes les obligations prévues dans les directives. Dans le nouveau cadre, les A.R.N. disposent de plus de flexibilité puisqu'elles doivent imposer une ou plusieurs obligations réglementaires

128. C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P, Rec., I-5951. Cet arrêt a été critiqué par la doctrine qui estime que l'autorité de concurrence doit intervenir sur le marché dominé, et ne peut étendre l'emprise des obligations du droit de la concurrence à des marchés ne comptant pas d'entreprises dominantes; voy. notamment V. KORAH, « Tetra Pak II - Lack of Reasoning in Court's Judgment », *E.C.L.R.* 1997, pp. 98-103.

129. S. TAYLOR, « European Commission's Draft Guidelines on Market Analysis and the Calculation of Significant Market Power: The Extension of Tetra Pak II to Regulation », *C.T.L.R.*, 2001, pp. 129-135.

130. Paragraphe 84 des « lignes directrices ».

131. Paragraphe 30 des « lignes directrices ».

appropriées, à choisir dans la liste limitative des articles 9 à 13 de la directive « accès » pour les marchés de gros (transparence, non-discrimination, séparation comptable, accès à des ressources de réseau spécifiques, contrôle des prix et système de comptabilisation des coûts¹³²), et dans la liste non limitative de l'article 17 de la directive « service universel » pour les marchés de détail (interdiction des prix excessifs ou d'éviction, non discrimination, ...). La flexibilité des A.R.N. n'est contrainte que par les objectifs du nouveau cadre et le principe de proportionnalité puisque les obligations imposées doivent être fondées sur la nature du problème constaté, justifiées au regard des objectifs du nouveau cadre (concurrence effective, marché intérieur, intérêts des utilisateurs) et proportionnées, ce qui implique qu'elles doivent être le moins interventionnistes possible¹³³.

2. Comparaison avec le droit de la concurrence¹³⁴

Outre le fait qu'elles soient imposées *ex ante*, les obligations qui peuvent peser sur les opérateurs puissants vont souvent plus loin que celles qui s'imposent à une entreprise dominante en droit de la concurrence¹³⁵. Ainsi, alors qu'en droit sectoriel, un accès obligatoire peut être imposé après une analyse économique sommaire, un refus d'accès n'est abusif que si les conditions très restrictives de la théorie des facilités essentielles¹³⁶ sont

remplies. De même, une A.R.N. peut aisément imposer un prix orienté sur les coûts, alors qu'un abus nécessite la preuve, fort difficile à rapporter, que les prix sont clairement en dessous ou au-dessus des coûts. En outre, la non-discrimination peut s'apprécier par rapport aux propres entités d'un opérateur puissant, alors qu'elle s'apprécie principalement par rapport aux tiers en droit de la concurrence. Enfin, des obligations comme la transparence et la séparation comptable ne sont en principe possibles qu'en droit sectoriel.

e. Évolution du concept de puissance et relation avec le droit de la concurrence

Intégrant les principes du droit de la concurrence, la mise en œuvre du nouveau concept de P.S.M. apparaît donc plus flexible et davantage en ligne avec la réalité économique du marché que dans le cadre réglementaire de 1998. En effet, les marchés ne sont plus prédéfinis dans les directives selon la technologie utilisée, mais sont définis périodiquement selon les substituabilités de l'offre et de la demande et en tenant compte de la recommandation « marchés » de la Commission. Quant à l'appréciation de la puissance, elle n'est plus principalement fonction d'un niveau déterminé de parts de marché mais fait l'objet d'une appréciation globale des conditions de marché, tenant compte de la concurrence réelle et potentielle¹³⁷.

132. En vertu de l'article 8, §3 de la directive « accès », une A.R.N. peut imposer aux opérateurs puissants d'autres obligations que celle prévues dans la directive pour autant qu'elle obtienne l'accord préalable de la Commission.

133. Articles 8, §4 de la directive « accès », article 17, §2 de la directive « service universel », et paragraphe 118 des « lignes directrices ».

134. Pour une comparaison des obligations, voy. aussi : P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation ...*, *op. cit.*, pp. 165-268 ; A. DE STREEL et E. VEGIS, « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », in E. MONTERO (DIR.), *Droit des technologies de l'information : ...*, *cit. supra*, pp. 389-424 ; B. DOHERTY, « Competition Law and Sector-Specific Regulation », *C.T.L.R.*, 2001, pp. 225-232.

135. Communication « accès », paragraphe 15, H. UNGERER, « Telecoms Pricing Policies and their Effect on the European Internet », 4 juin 1998, http://europa.eu.int/com/competition/speeches/index_1998.html. Pour un catalogue des abus possibles en droit de la concurrence : R. WHISH, *op. cit.*, pp. 601-674.

136. Ces conditions ont été déterminées dans l'affaire : C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner et Mediaprint*, C-7/97, Rec., I-7791.

137. Est-ce à dire, comme d'aucuns l'ont suggéré, que le seuil de la P.S.M. a été relevé ? C'est possible car le niveau de parts de marché, un indice principal de la P.S.M., a été relevé de 25% vers 40%. Toutefois, les marchés pertinents seront définis différemment et, partant, pourront être délimités plus étroitement. D'autre part, en cas de dominance collective, les parts de marché de chacune des entreprises peuvent être inférieure à 40%.

Mais comme ce concept rénové de la P.S.M. se base de manière extensive sur les principes du droit de la concurrence, un renforcement notable de la coopération entre les autorités sectorielles et les autorités de concurrence est souhaitable, tant dans l'appréciation des problèmes que dans l'échange des informations – confidentielles ou non – qu'elles reçoivent des acteurs du marché¹³⁸. À défaut, les entreprises risquent de se livrer à un *forum shopping* entre les autorités, de multiplier les procédures, au détriment des consommateurs, de l'industrie et des institutions.

Enfin, il est important de souligner que l'application de méthodologies analogues n'implique pas nécessairement que la définition des marchés et l'appréciation de la dominance mènent toujours au même résultat en droit de la concurrence et en droit sectoriel. Comme

nous l'avons vu, les marchés seront souvent définis plus largement en droit sectoriel qu'en droit de la concurrence et la désignation d'une entreprise comme puissante n'implique pas nécessairement qu'elle soit également dominante, ni *a fortiori* qu'elle ait commis un abus répréhensible. Plus fondamentalement, l'intégration par le droit sectoriel des principes du droit de la concurrence ne signifie nullement une (con)fusion des deux régimes. Le droit sectoriel continuera à intervenir *ex ante* pour prévenir toute utilisation dommageable de pouvoir de marché, et de façon plus générale, favoriser l'émergence d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques. Le droit de la concurrence se contente pour sa part, de sanctionner *ex post* les abus et de rétablir une situation concurrentielle préalable¹³⁹.

Conclusions

1. Même si la politique réglementaire européenne en matière de télécommunications voire de communications électroniques s'est caractérisée par plusieurs phases d'évolution et par de nombreuses directives de modification et d'abrogation, ces différentes phases constituent beaucoup plus une évolution qu'une révolution¹⁴⁰. Cette continuité s'exprime parfaitement à travers les objectifs de la réglementation et de l'action des A.R.N. qui sont restés quasi identiques¹⁴¹ à travers les différentes phases, même s'il a fallu attendre l'ar-

ticle 8 de la directive « cadre » pour les voir formulés de manière explicite. Il s'agit de la promotion de la concurrence, de la contribution au développement du marché intérieur et du soutien aux intérêts des citoyens de l'Union européenne, que ce soit par la garantie de certaines offres comme le service universel ou par la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs.

2. La continuité des différentes phases d'évolution s'exprime également eu égard au principe de réglementation

138. Ainsi l'article 16, §1 de la directive « cadre » prévoit que l'analyse de marché effectuée par les A.R.N. se fait en collaboration avec les autorités de concurrence, et l'article 5, §3 dispose que les deux autorités se communiquent toutes les informations nécessaires, y compris confidentielles, à l'application du nouveau cadre réglementaire. Sur la question des relations entre les autorités de concurrence et les régulateurs sectoriels, voy. : O.E.C.D., *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*, May 2000, DSTI/ICCP/TISP(99)15/FINAL.

139. Sans compter le rôle régulateur et *ex ante* du contrôle des concentrations.

140. P. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation...*, *op.cit.*, p. 1 parle à cet égard de "successive applications of paint on a surface".

141. Voy. communication « réexamen 1999 », p. 13 et R. QUECK, Ph. DEFRAIGNE, *op. cit.*, pp. 342-344 et 346-348.

asymétrique qui a été confirmé tout au long des différentes phases du cadre réglementaire. Cette réglementation asymétrique qui impose aux entreprises puissantes des obligations spécifiques « apparaît nécessaire jusqu'à ce que s'installe une concurrence réelle »¹⁴². Se pose cependant la question de savoir si les obligations qui doivent être imposées aux entreprises puissantes peuvent l'être également aux entreprises non puissantes.

En ce qui concerne la première phase d'évolution, la question nous paraît ne pas se poser puisque les obligations imposées aux organismes de télécommunications l'étaient en raison des droits spéciaux ou exclusifs dont ces derniers jouissaient et dont les autres opérateurs ne profitaient pas.

En ce qui concerne les deux phases ultérieures, la réponse est moins claire. Alors que la directive « O.N.P.-lignes louées 97 » prévoit explicitement que « les États membres veillent à ce que les obligations découlant de la présente directive ne sont pas imposées aux organismes qui ne sont pas puissants sur le marché des lignes louées, à moins qu'il n'y ait pas d'organismes puissants sur ledit marché »¹⁴³, la directive « O.N.P.-interconnexion » est moins explicite. Par exemple son article 7, §1 expose seulement que les États membres veillent à ce que les dispositions (des paragraphes 2 à 6) s'appliquent aux organismes puissants sur le marché sans se prononcer explicitement sur la question d'une possible imposition des mêmes obligations aux organismes non puissants. De plus, le considérant 9 de la même directive prévoit « qu'il importe de fixer des principes garantissant la transparence, l'accès à l'information, la non-discrimi-

nation et l'égalité d'accès, en particulier pour les organismes puissants sur le marché ».

Le nouveau cadre réglementaire semble *a priori* exclure l'imposition aux entreprises non puissantes d'obligations explicitement prévues pour les entreprises puissantes¹⁴⁴. Cependant, la formulation relativement ouverte de l'article 5 de la directive « accès »¹⁴⁵ peut être interprétée comme donnant le pouvoir aux A.R.N. d'imposer aux entreprises non puissantes d'importantes obligations en matière d'accès et d'interconnexion qui dépasseraient l'obligation explicitement prévue à charge des entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals, d'assurer l'interconnexion dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout. Une formulation plus explicite des directives aurait sûrement été souhaitable.

3. Si les grands objectifs et le principe de la réglementation asymétrique n'ont pas changé, ses destinataires ont été modifiés pour tenir compte de l'évolution des marchés. Il nous semble que l'évolution du concept de puissance au cours des différentes phases de la libéralisation des télécommunications reflète bien l'évolution du rôle de la réglementation sectorielle.

Durant les deux premières phases de la libéralisation, le rôle de la réglementation asymétrique était assez clair: mener des marchés nouvellement libéralisés vers la concurrence effective, puisque la suppression progressive des monopoles ne menait pas automatiquement à cette concurrence. En effet, si la suppression (au début partielle) des droits spéciaux ou exclusifs donnait la possibilité à de nouveaux opérateurs

142. O.C.D.E., « Rapport de l'O.C.D.E. sur la réforme de la réglementation », vol. I : « Études sectorielles », O.C.D.E., Paris, 1997, p. 36.

143. Article 1, alinéa 3 de la directive « O.N.P.-lignes louées 97 ».

144. Article 8, §3, al. 2 de la directive « accès » et article 17, §5 de la directive « service universel ».

145. En ce sens, R. SCHÜTZ et T. ATTENDORN, *op. cit.*, p. 19.

d'entrer sur le marché, cela ne signifiait nullement qu'ils étaient en mesure d'en saisir l'opportunité. Les (anciens) monopoles gardaient le contrôle des infrastructures non économiquement duplicables et dont l'accès était indispensable et, partant, leurs comportements devaient être strictement régulés si on voulait assurer une entrée effective sur le marché. La réglementation sectorielle était donc perçue comme transitoire et devant s'autodétruire lorsque la concurrence effective serait atteinte. Dans cette perspective, les critères de la puissance furent relativement aisés à établir: ils visaient d'abord les monopoles et ensuite les anciens monopoles.

À l'issue de ces deux premières phases, le pouvoir de marché des anciennes administrations a sans doute diminué mais il reste bien présent dans certains segments, principalement celui de l'accès local¹⁴⁶. On peut alors se demander si certains marchés précédemment en monopole atteindront jamais l'Eden de la concurrence effective et du seul règne du droit de la concurrence. En outre, d'autres marchés du secteur des communications électroniques, qui se sont pourtant développés en marge ou après l'abolition des monopoles (mobile, accès à Internet à haut débit), n'ont pas non plus atteint ce paradis. On en vient à se demander si les caractéristiques du secteur des communications électroniques ne justifient pas une régulation sectorielle permanente et si ces régulateurs que l'on avait vu naître et que l'on croyait voir mourir, ne nous enterreront pas¹⁴⁷.

Si la réglementation asymétrique peut être permanente, son champ est

beaucoup plus complexe à déterminer puisqu'il ne se limite plus aux marchés alors en monopole et aux anciennes administrations nationales, mais s'étend à tous les marchés du secteur des communications électroniques où l'intervention du droit sectoriel, en complément du droit de la concurrence, s'avère souhaitable. La détermination de ces marchés implique alors de relever les divergences entre les deux régimes pour en apprécier leur efficacité relative.

Sans nous étendre sur cette question complexe¹⁴⁸, il nous semble que ces différences sont principalement de trois ordres: obligations qui peuvent être imposées, moment de l'imposition des obligations et type d'autorité chargée d'intervenir sur le marché. Comme nous l'avons vu, le droit sectoriel dispose de remèdes qui peuvent aller plus loin que ceux du droit de la concurrence. De plus, il intervient principalement *ex ante* pour prévenir toute utilisation dommageable du pouvoir de marché et n'est pas limitée à une intervention par rapport à des cas précis. En outre, les obligations s'appliquent à l'entreprise puissante à partir de sa désignation et non pas déjà d'une manière latente avant cette désignation comme c'est le cas pour l'obligation de ne pas abuser d'une position dominante. Enfin, l'autorité de régulation sectorielle poursuit des objectifs politiques larges et a une connaissance fine du secteur qu'elle tente d'organiser par des interventions multiples. De son côté, le droit de la concurrence dispose de remèdes moins interventionnistes. En outre, il agit principalement *ex post* pour sanctionner un abus de position dominante. Enfin, l'autorité qui en a la charge n'a pas de connaissance particulière du secteur et a une tendance peu interventionniste car elle a

146. Communication de la Commission du 26 novembre 2001, « Septième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications », COM(2001) 706.

147. Sur cette question, voy. P. LAROUCHE, « A closer look ... », *op. cit.*, pp. 140-145.

148. P. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation ...*, *op. cit.*; P. NIHOUL, « Convergence in European Telecommunications : A case study on the relationship in European Telecommunications », *I.J.C.L.P.*, 1998/99; L. IDOT, « Règles de concurrence et régulations sectorielles », in J. VANDAMME et F. VAN DER MENSBRUGGE (dir.), *La régulation des services publics en Europe*, Paris, A.S.P.E. Europe, 1998, 377-416; A. TARRANT, « Significant market power and dominance in the regulation of telecommunications markets », *E.C.L.R.*, 2000, 320-325.

l'habitude de contrôler des marchés naturellement en concurrence. Dès lors, le droit sectoriel se justifie sur les marchés dont les caractéristiques sont telles qu'ils ne tendent pas naturellement vers la concurrence effective et qui nécessitent une intervention constante de l'autorité publique.

Suivant cette logique, trois types de caractéristiques nous semblent justifier la réglementation économique asymétrique. Premièrement, si les conditions techniques de l'offre et l'étendue de la demande sont telles que le marché se trouve en monopole naturel et que dès lors l'on doit s'attendre à la présence d'un seul opérateur sur le marché. Dans ce cas, le droit de la concurrence, qui présuppose en quelque sorte une multiplicité d'acteurs, n'a que peu de sens. Par exemple, dans certains pays, la boucle locale est encore un véritable monopole naturel. Deuxièmement, si les conditions du marché sont telles que les entreprises sont incitées vers une collusion tacite, c'est-à-dire que sans aucun accord ou échange informel, elles adopteront ensemble le comportement qu'aurait eu un monopoleur. Troisièmement, si le marché présente des externalités (c'est-à-dire des situations où un agent économique impose des coûts ou des bénéfices à un autre agent sans le compenser¹⁴⁹), auquel cas la théorie économique a montré que le marché seul ne menait pas à l'efficacité et qu'une intervention publique pouvait se justifier. Dans le secteur des communications électroniques, de multiples externalités peuvent se présenter. Ainsi, par exemple, le fait que l'utilisateur ne paie que les appels qu'il donne et non ceux qu'il reçoit signifie qu'il choisira son réseau en fonction des coûts des appels sortants (qui lui seront facturés) et non de ceux des appels entrants (qui seront fac-

turés à son interlocuteur), et partant ses choix seront peu influencés par le montant des charges de terminaison (charges des appels entrants¹⁵⁰). Par contre, l'appelant se soucie du montant de ces charges puisqu'il les paye, mais il ne peut choisir le réseau puisque son interlocuteur n'est en général joignable que sur un seul réseau. En d'autres mots, l'appelé impose une externalité à l'appelant et cela peut éventuellement justifier une réglementation des charges de terminaison.

Dans ces trois types d'hypothèses, l'intervention du droit sectoriel en complément du droit de la concurrence nous apparaît efficace et justifiée. Ce n'est donc pas tant le degré du pouvoir de marché que sa source qui devrait déterminer les champs des régimes d'intervention. Ainsi, nous n'avons en principe pas d'objections à ce que le degré de pouvoir de marché requis pour une intervention en droit de la concurrence – la dominance – soit repris pour une intervention en droit sectoriel, pour autant que ce dernier ne s'applique que lorsque ce pouvoir est dû à l'une des trois circonstances déjà relevées.

Cette solution n'a pas été suggérée par la Commission, mais pourrait être compatible avec son approche. En effet, les critères que nous venons de discuter pourraient être considérés comme étant dans le 2^{ème} critère identifié par la Commission dans son projet de recommandation marché. Ainsi, seuls les marchés qui sont en monopole naturel, qui mènent à une collusion tacite, ou qui présentent des effets de réseau anticompetitifs seraient identifiés par la Commission ou les A.R.N. en vue d'être analysés. Sur ces marchés, tous les opé-

149. Deux types d'externalités sont possibles. En cas d'externalité positive, un agent économique crée un bénéfice pour un autre agent sans recevoir de compensation. C'est par exemple la cas lorsqu'une entreprise forme du personnel qui ensuite rejoint une autre compagnie. En cas d'externalité négative, un agent économique engendre un coût pour un autre agent sans lui payer de compensation. C'est le cas par exemple lorsqu'une entreprise électrique pollue l'eau d'un fleuve et impose ainsi un coût à une blanchisserie située en aval.

150. La charge de terminaison est le montant que l'opérateur de l'appelant (p.ex. Proximus) paie à l'opérateur de l'appelé (p.ex. Mobistar) pour avoir terminé l'appel sur son réseau.

rateurs jouissant d'un pouvoir équivalent à la dominance se verront imposer les obligations *ex ante* appropriées. Bien sûr, cette solution implique que la régulation sectorielle ne sera pas transitoire et risque d'être permanente, ce qui, il faut bien le reconnaître, n'est pas le discours des institutions européennes.

On le voit, l'étude de l'évolution de concept de puissance, et des interprétations que l'on peut lui donner actuellement, renvoie à la question plus fondamentale de la régulation écono-

mique des marchés et du rôle du droit de la concurrence face à la réglementation sectorielle. Dans des temps où la politique de concurrence est encensée, où le Commissaire qui en a la charge est présenté comme l'homme le plus puissant d'Europe, il est bon d'en rappeler humblement les limites. Notre propos n'est pas de plaider pour une régulation fort interventionniste et permanente mais simplement pour un juste équilibre entre le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle. *Aurea mediocritas!*

